

Sumário (adicionado ao documento original)

Exposição e Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

1.0 - Poder de Controle

1.1. Acionista Controlador e Grupo de Sociedades

1.2. Estrutura Hierarquizada

1.3. Maioria Pré-constituída

2.0 - Competência do Acionista Controlador para Orientar os Administradores

3.0 - Organização do Grupo Controlador

3.1. Sociedade Holding

3.2. Acordo de Acionistas

3.3. Votação em Bloco dos Membros do Grupo Controlador

4.0 - Cumprimento pelo Conselho de Administração das Deliberações do Grupo Controlador

4.1. Eleição e Destituição dos Administradores por Membros do Grupo

4.2. Poder do Grupo Controlador de Orientar as Deliberações do Conselho de Administração

4.3. Poder do Grupo Controlador de Orientar os Órgãos das Controladas do Grupo de Sociedades

5.0 - Inexecução do Acordo de Acionistas

Resposta às Questões

PARECER JURÍDICO

Acordo de acionistas para exercer o controle de grupo de sociedades. Validade da obrigação de fazer com que os administradores observem a orientação definida pelo grupo controlador.

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

ALPHA FUND ("Consulente") assim expõe os fatos relativos à consulta:

O Consulente, outras pessoas ligadas ao Grupo Delta ("Acionistas Delta") e quatro Fundos de Pensão "Previ, Sistel, Petros e Telos" ("Fundos de Pensão") adquiriram em leilão ações com direito de voto da Alpart

Participações S.A. ("Alpart"); os Acionistas Delta adquiriram 27% e os Fundos de Pensão 24%.

A Alpart é titular de 51,79% do capital votante da Telesul Celular Participações S.A. e da Telesul Celular Participações S.A. ("Sociedades Holdings"), as quais controlam, respectivamente, a Telesul Celular S.A. e a Telma S.A., concessionárias de prestação de serviços públicos de telefonia celular ("Concessionárias").

2. Os Acionistas Delta e os Fundos de Pensão, com o fim de exercerem o controle da Alpart e das sociedades por esta controladas ("Sociedades"), constituíram a Voltel Participações S.A. ("Voltel"), para a qual transferiram as ações da Alpart que adquiriram em leilão. As ações votantes da Voltel são de propriedade dos Acionistas Delta e dos Fundos de Pensão nas proporções, respectivamente, de 51,1% e 48,9%; e a Voltel é titular de 51,1% das ações votantes da Alpart.

3. Os Acionistas Delta e os Fundos de Pensão, como sócios da Voltel, firmaram acordo de acionistas que contém, entre outras, as seguintes estipulações:

I - o objeto do acordo é "regular as suas relações na qualidade de controladoras da Voltel e também o exercício de sua participação indireta, através desta, nas demais sociedades" (Cláusula 6.1);

II - as decisões sobre as matérias estabelecidas na Cláusula 2.1 do acordo (que implicam alteração do estatuto social, distribuição de dividendos ou admissão em bolsa de valores) somente poderão ser adotadas: (a) na Assembleia Geral da Voltel com o voto afirmativo de acionistas representando, no mínimo, 66% do seu capital (Cláusula 2.1); e (b) nas assembleias da Alpart, das holdings celulares e das Concessionárias, se houverem sido aprovadas previamente por acionistas da Voltel titulares de, no mínimo, 66% das ações ordinárias da Sociedade ou pelo voto qualificado dos respectivos Conselhos de Administração, entendendo-se como voto qualificado o voto afirmativo de conselheiros indicados por acionistas representando, no mínimo, 66% do capital votante da Sociedade (Cláusulas 2.2 e 3.1).

III - as deliberações e os atos referidos na Cláusula 3.1 (que excedem da gestão ordinária das companhias) somente poderão ser adotados ou aprovados pelos órgãos das Sociedades após prévia aprovação do Conselho de Administração da Voltel com o voto afirmativo dos conselheiros indicados por acionistas representando, no mínimo, 66% do capital desta;

IV - os Acionistas Delta e os Fundos de Pensão têm direito de indicar, nas proporções das respectivas participações no capital votante da Voltel, os membros do Conselho de Administração desta, da Alpart e das sociedades holdings (Cláusulas 1.1 e 1.2);

V - os conselheiros das Sociedades eleitos por indicação dos Acionistas Delta e dos Fundos de Pensão votarão necessariamente em bloco, de acordo com que for decidido por acionistas titulares (a) da maioria absoluta do capital com direito de voto da Voltel (Cláusula 3.2) e (b) de mais de 66% do capital com direito a voto da Voltel, nas matérias relacionadas na Cláusula 3.1;

VI - o acionista ou acionistas que tenham indicado conselheiro que descumprir a obrigação de votar em bloco deverão promover imediatamente sua substituição (Cláusula 3.6);

VII - qualquer das Partes poderá convocar reunião prévia para deliberar sobre o voto a ser proferido em assembleias da Voltel, da Alpart e das Sociedades e sobre o voto a ser proferido por membros dos Conselhos de Administração das Sociedades. As reuniões prévias serão convocadas mediante aviso enviado a todas as Partes com a antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

A consulta é acompanhada de cópias do estatuto social e do acordo de acionistas da Voltel, e a Consulente formula as seguintes questões:

1ª) São válidas, de acordo com a lei brasileira, as estipulações de acordo de acionistas da Voltel pelas quais as partes do acordo se obrigam a fazer com que:

a) os membros, por eles indicados, dos Conselhos de Administração das Sociedades, direta ou indiretamente controladas pela Voltel votem em

bloco, nos termos das deliberações adotadas pelos acionistas da Voltel ou pelos Conselhos de Administração das suas controladoras?

b) os administradores das Sociedades controladas, direta ou indiretamente, pela Voltel, exerçam o direito de voto nas assembleias de outras controladas nos termos das deliberações adotadas pelos acionistas da Voltel ou pelos Conselhos de Administração de suas controladoras?

2ª) Se a resposta à questão anterior for afirmativa, que ações cabem ao Consolente em caso de inadimplemento dessas obrigações?

PARECER

1.0 - PODER DE CONTROLE

1. As questões da consulta dizem respeito às estipulações de acordo dos acionistas da Voltel, cujo objeto é o exercício em comum do controle de grupo de sociedades formado pela Voltel e pelas Sociedades sob seu controle, direto ou indireto, e para fundamentar as respostas às questões formuladas é conveniente reproduzir os conceitos da Lei das S.A. (nº 6.404/76, a seguir referida simplesmente como "Lei"), de acionista controlador, poder de controle direto e indireto e grupo de sociedades.

1.1. Acionista Controlador e Grupo de Sociedades

2. A Lei define "acionista controlador" como a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, que (a) é titular de direitos de voto que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores, e (b) efetivamente dirige as atividades sociais e orienta o funcionamento dos órgãos sociais (art. 116).

Desse dispositivo legal se infere que:

a) o poder de controle da companhia compreende os poderes de (i) determinar (pelo voto majoritário) as deliberações da assembleia geral; (ii) eleger a maioria dos administradores; (iii) dirigir as atividades sociais; e (iv) orientar o funcionamento dos órgãos sociais;

b) esse poder pode ser exercido por uma pessoa, natural ou jurídica, ou por grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, modalidade de contrato que é regulado no artigo 118 da Lei.

O controle definido no artigo 116 é dito direto, porque sua fonte são as ações do capital da controlada e se exerce mediante relação direta entre os titulares dos direitos de voto e os órgãos sociais da companhia controlada.

3. O artigo 243 § 2º da Lei prevê outra modalidade de controle -- indireto--, peculiar ao grupo de sociedade.

Grupo de sociedades é o conjunto formado por sociedade controladora e uma ou mais sociedades sob seu controle. As relações entre as sociedades que integram o grupo podem ser de controle direto, se a controladora possui ações da controlada, ou indireto, através de outras controladas, ou seja, através dos órgãos sociais de controladas.

A existência do grupo de sociedades -- de fato ou de direito -- regulados, respectivamente, nos Capítulos XX e XXI da Lei, pressupõe que a controladora do grupo exerça, sobre as controladas, os poderes de determinar as deliberações das assembleias gerais, eleger a maioria dos administradores, dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos sociais.

Se a sociedade controladora do grupo está sob controle direto de um acionista controlador (pessoa ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto), este exerce, através da controladora, o poder de controle de todas as sociedades do grupo. Esta é a situação do grupo de sociedades de que trata a consulta: os acionistas da Voltel, contratantes de acordo de acionistas, exercem o poder de controle sobre a Voltel e todas as sociedades por esta controlada, direta ou indiretamente.

1.2. Estrutura Hierarquizada

4. O poder que o artigo 116 na Lei reconhece ao controlador, de determinar as deliberações da assembleia geral e orientar o funcionamento dos órgãos sociais, funda-se também na estrutura hierarquizada da companhia, estabelecida pela lei:

a) a assembleia geral tem competência para decidir sobre todos os assuntos relativos ao objeto da companhia; eleger e destituir, a qualquer tempo, os membros do Conselho de Administração (ou os Diretores, se a companhia não tem esse Conselho); e fixar a remuneração dos administradores;

b) o Conselho de Administração é órgão deliberativo com competência para eleger e destituir, a qualquer tempo, os Diretores e fixar-lhes as atribuições; e

c) os Diretores têm funções executivas e representam a companhia perante terceiros.

A competência legal para eleger e destituir administradores e fiscais implica poder de fato sobre as pessoas eleitas; e, como é tradicional na legislação brasileira sobre sociedades por ações, essa competência não é limitada pela Lei: os administradores e fiscais podem ser destituídos "ad nutum", diferentemente do que ocorre em outros países, em que a lei requer que a destituição seja fundada em motivo justo.

5. A natureza hierárquica da estrutura da companhia é confirmada por FÁBIO KONDER COMPARATO ("O Poder de Controle na Sociedade Anônima", Forense, Rio de Janeiro, 3ª Ed., 1983, p. 17) nos seguintes termos:

"No entanto, se cada um desses órgãos básicos é dotado de poder próprio, eles não se colocam no mesmo nível, mas organizam-se hierarquicamente. No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembleia geral o órgão primário, ou imediato, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los (Lei nº 6.404, art. 122, n. II). Nesse sentido estritamente jurídico, nem sempre coincidente com a realidade econômica, ela é, sem dúvida, o poder supremo da companhia, como diz o Código das Obrigações suíço (art. 698), ou o órgão supremo, como preferiu declarar a Lei Geral mexicana de sociedades mercantis (art. 178)."

6. O grupo de sociedades também é uma estrutura hierarquizada: a sociedade controladora, ou de comando, exerce poder de controle -- direto ou indireto -- sobre todas as sociedades do grupo.

1.3. Maioria Pré-constituída

7. O poder supremo na companhia compete à assembleia geral, que se reúne ordinariamente uma vez por ano e, extraordinariamente, quando convocada nos termos da Lei; e como delibera por maioria de votos, esse poder é exercido pelo conjunto de acionistas que formam a maioria.

Se a propriedade das ações da companhia é pulverizada entre muitos acionistas, cada um com pequena porcentagem do total, a maioria somente se constitui e existe enquanto a assembleia se acha reunida, pois os acionistas que a integram variam segundo a polarização dos votos em cada deliberação.

8. Se, todavia, um acionista é titular da maioria dos votos, ou dois ou mais acionistas contratam a constituição de grupo controlador, a maioria diz-se pré-constituída, no sentido de que existe antes da reunião da assembleia: o acionista controlador passa a comandar os órgãos administrativos de modo permanente, pois tem a segurança de que a próxima assembleia ratificará seus atos. A pré-constituição da maioria tem por efeito, portanto, sobrepor à assembleia geral o cargo ou função de controlador, que passa a exercer o poder supremo da companhia.

2.0 - COMPETÊNCIA DO ACIONISTA CONTROLADOR PARA ORIENTAR OS ADMINISTRADORES

9. As normas legais citadas não permitem dúvida, portanto, de que, no direito brasileiro, o acionista controlador pode validamente orientar a ação dos administradores. Essa proposição se aplica tanto ao controle de companhia isolada quanto ao grupo de sociedades: as relações de controle indireto que organizam o grupo de sociedades somente existem se a controladora tem o poder de orientar a ação dos administradores de todas as sociedades por ela controladas.

10. Na interpretação e aplicação da lei brasileira não cabe invocar a doutrina de países estrangeiros nos quais a assembleia geral somente tem a competência expressamente prevista nas normas legais e estatutárias e os administradores -- que só podem ser destituídos por motivo justo -- são

considerados autônomos, no sentido de que exercem suas funções com base unicamente naquelas normas.

Cabe, todavia, destacar que mesmo nos países em que prevalece essa interpretação, a doutrina reconhece que o acionista controlador orienta os administradores. (cf. FRACESCO GALGANO, "La Società per Azioni", Cedam, Padova, 1984, 2ª Ed., p. 38). A realidade é, portanto, a mesma observada no Brasil, com a diferença de que a lei brasileira reconhece a existência do acionista controlador e regula sua responsabilidade, como contrapartida do poder que exerce.

11. A lei brasileira regula também as atribuições de todos os órgãos sociais, e um órgão não pode validamente praticar ato que cabe a outro; mas essa distribuição de competências não impede que o acionista controlador oriente a ação dos administradores, enquanto -- evidentemente -- suas deliberações não infringem a lei nem o estatuto: os administradores não se eximem da responsabilidade pelo descumprimento de seus deveres (art. 158) com a alegação de que observaram deliberação da assembleia geral ou ordem do acionista controlador que viola a lei ou o estatuto, e não têm apenas a faculdade, mas o dever, de descumpri-la; e a Lei define como modalidade de abuso de poder o ato do acionista controlador que induz, ou tenta induzir, o administrador ou fiscal a praticar ato ilegal ou descumprir seus deveres definidos em lei e no estatuto (art. 117, § 1º, "e", da lei).

12. Se, todavia, o membro do Conselho de Administração diverge, por motivos de conveniência ou adequação ao interesse da companhia (e não de violação da lei ou do estatuto), de orientação transmitida pelo acionista controlador, ou pela assembleia geral, e não consegue convencê-los da sua opinião, tem o dever de cumprir a orientação recebida de quem tem competência para definir a deliberação que convém ao interesse da companhia. O Diretor tem o mesmo dever (de cumprir as deliberações do Conselho de Administração), e esse dever não é peculiar à organização da companhia, mas existe em qualquer tipo de estrutura hierarquizada.

Na maioria das matérias sujeitas à deliberação dos órgãos sociais da companhia há soluções alternativas e pode haver opiniões divergentes sobre qual a mais conveniente para a companhia, e são os órgãos hierarquicamente superiores que têm competência para decidir a que deve

ser adotada. O que legitima o poder da maioria da assembleia geral e do acionista controlador para determinarem a orientação dos órgãos da companhia é o fato de serem os únicos que contribuem para o capital social indispensável ao funcionamento da companhia e da sua empresa e correm o risco de perder esse capital em caso de prejuízo: seria um contrassenso que a opinião do administrador, que não responde pelas obrigações sociais nem pelos prejuízos causados por atos regulares, pudesse prevalecer sobre a dos proprietários do capital da companhia.

13. Parece-nos inquestionável, portanto, que segundo a lei brasileira o acionista controlador pode validamente orientar a ação dos administradores, o que é pressuposto necessário dos deveres e da responsabilidade que a lei lhe atribui. Cabe verificar, entretanto, a validade das cláusulas, referidas na consulta, de acordo de acionistas que organiza o exercício do poder de controle por um grupo de acionistas associados.

3.0 - ORGANIZAÇÃO DO GRUPO CONTROLADOR

14. O grupo controlador pode se organizar com a forma de tipo de sociedade personificada, para a qual transferem as ações da companhia, e que passa a ser sociedade controladora desta; ou por acordo de acionistas pelo qual os membros do grupo contraem obrigações relativas ao exercício do direito de voto na assembleia geral e do poder de controle da companhia.

3.1. Sociedade Holding

15. Se a forma escolhida é a de sociedade holding, as relações entre os membros do grupo são definidas pelo estatuto da sociedade, e a sociedade se interpõe entre a companhia e os membros do grupo controlador: quem comparece às reuniões da assembleia geral e se comunica com seus administradores é a holding, representada por seus Diretores; e a vontade coletiva do grupo é formada por deliberação da assembleia de sócios.

16. Os acionistas que transferem suas ações para a sociedade holding podem complementar o contrato ou o estatuto social com acordo de voto de que participam na qualidade de acionistas da holding. Neste caso, o acordo de voto pré-constitui a maioria da assembleia de sócios da holding, cujo

poder de controle passa a ser exercido pelo grupo controlador organizado pelo acordo.

É o que ocorre no caso descrito na consulta: os Acionistas Delta de os Fundos de Pensão, após adquirirem participações minoritárias no capital Alpart, as transferiram para a Voltel, que passou a ser a sociedade controladora da Alpart; e, como acionistas da Voltel, firmaram acordo de acionistas regulando suas relações como grupo controlador da Voltel e das Sociedades sob seu controle.

3.2. Acordo de Acionistas

17. O acordo de acionista que constitui grupo controlador tem a natureza do contrato de sociedade, tal como definido no artigo 1.363 do Código Civil: as partes do acordo se obrigam mutuamente a contribuir com seus recursos (o direito de voto conferido pelas ações que possuem) e sua ação (a participação no grupo e o exercício do direito de voto) para lograr o fim comum de controlar a companhia. Esse contrato não cria organização personificada, e o exercício em comum do poder de controle requer que o acordo regule a cooperação dos membros do grupo com esse fim. Daí os acordos de acionistas que têm por objeto o controle de companhia ou grupo de sociedades em regra conterem estipulações sobre:

a) a obrigação dos membros do grupo de votarem de modo uniforme na assembleia geral da companhia, sem o que o grupo perde o controle;

b) o procedimento de formação da vontade do grupo, "em reunião prévia", análoga à assembleia geral da companhia, que delibera por maioria de votos, ou por quorum qualificado em determinadas matérias;

c) a obrigação dos membros do grupo de votarem segundo as deliberações das reuniões prévias.

É fácil perceber que o efetivo exercício do controle depende do adimplemento, pelos membros do grupo, dessas obrigações assumidas no acordo de acionistas.

18. A sociedade não personificada constituída pelo acordo de acionistas que tem por objeto o controle de uma companhia rege-se pelas estipulações do acordo e pelas normas gerais nos contratos de sociedade, e a ela se aplicam, por analogia, muitas das normas legais sobre o contrato de companhia.

19. A prática dos acordos de voto originou-se dos Estados Unidos e durante muito tempo a doutrina dos países europeus negou sua validade, ou sustentou que o acordo obriga apenas as partes contratantes, e não a companhia; mas nas últimas décadas é crescente a aceitação de ideia de que acionistas podem, através de contratos parassociais, como o acordo de acionistas, acrescentar normas contratuais à organização da companhia.

Os acordos de acionistas já eram praticados no Brasil na vigência do Decreto-lei nº 2.627/40 e a Lei optou pelo reconhecimento expresso da sua validade, do dever da companhia de observá-los quando arquivados na sua sede, e da possibilidade de execução específica das obrigações assumidas pelos acionistas.

20. A Lei regula o acordo de acionistas no seguinte dispositivo:

"Art. 118 - Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 1º - As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2º - Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 e 117).

§ 3º - Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º - As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em Bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º - No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembleia geral as disposições sobre política de

reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia."

21. A opção da Lei por este regime dos acordos de acionistas se explica porque:

a) o principal objetivo da lei era criar um quadro institucional que estimulasse a constituição de grandes empresas de capital privado, o que requeria a associação de grupos brasileiros, ou destes com capitais estrangeiros, dada a dimensão relativamente pequena das empresas privadas brasileiras;

b) a segurança jurídica da constituição de grupos controladores exigia definição expressa da lei sobre a validade dos acordos de acionistas, devido às objeções da doutrina europeia; e

c) os grupos empresariais não se dispunham a investir capital fundados em acordo de acionistas se as obrigações contraídas por seus membros não pudessem ser objeto de execução específica, pois a indenização não é compensação adequada para a perda do controle resultante da dissolução do grupo controlador.

3.3. Votação em Bloco dos Membros do Grupo Controlador

22. A eficácia do acordo de acionistas, como instrumento de organização do grupo controlador, requer que seus membros exerçam seus direitos de voto na assembleia geral em bloco (ou seja, de modo uniforme) e segundo as deliberações do grupo.

É evidente que sem essa votação em bloco a sociedade formada pelo grupo controlador não alcança seu fim de exercer o controle da companhia, e o descumprimento, por qualquer membro do grupo, da obrigação contraída de votar em bloco, é o mais grave inadimplemento das suas obrigações como membro do grupo.

23. Vale destacar que a votação em bloco não é apenas requisito de viabilidade do grupo controlador, mas serve também para assegurar direitos dos minoritários dentro do grupo: é usual que nas deliberações do grupo determinadas matérias somente possam ser aprovadas por quorum

qualificado, o que confere poder de veto aos minoritários nessas matérias. Essa cláusula aplica, no acordo de acionistas, a norma do § 1º do artigo 129 da lei, que admite que o estatuto da companhia fechada aumente o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

24. O acordo de acionistas da Voltel é exemplo típico dessa estipulação. Os Acionistas Delta detêm a maioria absoluta do capital da Voltel mas asseguraram aos Fundos de Pensão poder de veto nas deliberações do grupo sobre as matérias constantes da Cláusula 2.1 que -- na sua maioria, a Lei reserva privativamente à assembleia geral (aumento do capital social, criação de ações preferenciais, alteração de preferência ou vantagens dessas ações, fusão ou cisão e incorporação em outra sociedade, redução do dividendo obrigatório, participação em grupo de sociedades, criação de partes beneficiárias, dissolução, emissão de valores mobiliários conversíveis em ações e alteração do estatuto que prejudique direito decorrente do acordo), e outras de maior relevância para os acionistas (admissão da sociedade em bolsas de valores, distribuição de dividendos inferiores a 25% do lucro líquido e endividamento da sociedade superior a 100% do seu patrimônio líquido): o requisito de quorum mínimo de 66% das deliberações sobre essa matéria faz com que somente possam ser adotadas com participação de 31% dos votos dos Fundos de Pensão.

4.0 - CUMPRIMENTO PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES DO GRUPO CONTROLADOR

4.1. Eleição e Destituição dos Administradores por Membros do Grupo

25. Quando o controle é exercido por grupo de acionistas, é usual que o acordo de acionistas (ou o estatuto social da holding de controle) distribua entre os membros do grupo o poder de eleger determinados administradores, ou número de administradores proporcional à participação de cada um.

Essa estipulação é válida porque a Lei admite, nas seguintes normas, a representação de acionistas nos órgãos sociais da companhia:

a) o artigo 141 prevê o voto múltiplo dos acionistas nas deliberações da assembleia geral para eleição dos membros do Conselho de

Administração, que assegura aos acionistas minoritários o direito de eleger, na proporção das ações que possuem, alguns dos membros desse órgão;

b) o item III do artigo 16 admite que as ações ordinárias da companhia fechada sejam de classes distintas, de modo a que cada classe tenha o direito de eleger na assembleia geral, em votação em separado, o ocupante de determinados cargos dos órgãos administrativos;

c) o artigo 18 estabelece que o estatuto pode assegurar a classe ou classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.

26. Cabe referir que, segundo o artigo 154, § 1º da Lei, o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

4.2. Poder do Grupo Controlador de Orientar as Deliberações do Conselho de Administração

27. A pessoa que exerce a função de acionista controlador faz com que os membros do Conselho de Administração sigam sua orientação porque tem o poder de os eleger e destituir, mas se o controle é exercido por grupo de acionistas que dividem entre si o poder de indicar a destituir os conselheiros, o acordo de acionistas precisa regular a ação dos seus membros nessa matéria, mediante estipulação pela qual os acionistas se obrigam a fazer com que os conselheiros por eles indicados observem as deliberações do grupo e a destituir os que as descumprirem.

A validade dessas obrigações às vezes é contestada com a alegação da autonomia dos administradores, conceito que -- como demonstrado acima --, é incompatível com a lei brasileira. E para comprová-lo basta considerar que essas obrigações apenas regulam o exercício em comum, pelo grupo, do poder -- de eleger e destituir administradores -- que a lei atribui à maioria da assembleia geral e ao acionista controlador, como detentor dessa maioria.

O acordo de acionistas, em princípio, não produz efeitos em relação a terceiros, inclusive aos membros do Conselho de Administração; mas se é

arquivado na sede da companhia, segundo o artigo 118 da Lei deve ser por ela observado, e passa a ser parte da estrutura normativa da companhia; e os membros do Conselho de Administração somente podem se recusar a observar deliberação do grupo controlador com fundamento em violação da lei ou do estatuto.

28. Cabe destacar que as opiniões da doutrina estrangeira sobre a invalidade das deliberações da assembleia geral (e, conseqüentemente, do controlador) que orientam atos de competência dos administradores não podem ser invocadas na interpretação da lei brasileira. Assim, AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ ("Los Pactos de Sindicación para el Órgano Administrativo de la Sociedad Anónima", in: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1978, p. 370), examinando a questão no direito espanhol, conclui pela invalidade com o argumento de que os administradores têm o dever legal de agir no interesse da companhia enquanto que os acionistas, segundo a lei espanhola, podem exercer o direito de voto no seu interesse. Esse fundamento é improcedente na interpretação da lei brasileira, segundo a qual o acionista também tem o dever de exercer o direito de voto no interesse da companhia e responde pelos prejuízos que causar pelo exercício abusivo do voto (art.115); o acionista controlador tem o mesmo dever e responde pelos prejuízos causados por abuso do poder de controle (arts. 116 e 118): e o acordo de acionistas não pode ser invocado para eximir o acionista da responsabilidade no exercício do direito de voto ou do poder de controle (art.118, § 2º).

4.3. Poder do Grupo Controlador de Orientar os Órgãos das Controladas do Grupo de Sociedades

29. A lei define o grupo de sociedades com base na relação de controle indireto -- através de outras sociedades -- (art. 243, § 2º) e atribui à sociedade controladora do grupo os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 246). Exercer o controle através de outras sociedades significa comandar os órgãos das sociedades controladas -- tanto a assembleia geral quanto os de administração. Esses dispositivos da Lei confirmam, portanto, que a sociedade controladora (e seu acionista controlador, ou o grupo que a controla) tem o poder de fazer com que os

órgãos das controladas cumpram suas deliberações e que os administradores das controladas têm o dever de observá-las.

Como já referido, o artigo 118 da Lei prevê que o acordo de acionistas deve ser observado pela companhia, se nela arquivado. Suas estipulações se integram, portanto, ao sistema normativo da companhia, e se o acordo prevê a obrigação dos membros do grupo controlador de fazer com que os Conselhos de Administração das controladas cumpram as deliberações do grupo controlador, os membros desses Conselhos têm o dever de cumprir essas deliberações.

As conclusões do item 4.2 aplicam-se, por conseguinte, às relações entre o grupo controlador e os membros dos órgãos das sociedades controladas.

30. A Cláusula Terceira do acordo da Voltel, intitulado "Deliberações Relevantes dos Conselhos de Administração", enumera as seguintes deliberações dos Conselhos de Administração das Sociedades que dependem da aprovação do Conselho de Administração da Voltel:

I - Negócios ou operações que:

a) modificam a estrutura de capitalização da companhia, como aquisição das próprias ações e o endividamento global superior a 100% do valor do patrimônio líquido;

b) possam envolver conflito de interesses, como contratos entre a sociedade e seus acionistas, ou controladores, controladas ou coligadas de acionista;

c) são estranhos ao objeto social, como concessão a terceiros de garantias reais ou fidejussórias que excedam de 1% do valor do patrimônio líquido da sociedade;

d) excedem de 5% do valor de patrimônio líquido da sociedade (investimentos em novos negócios, criação de subsidiária, aquisição, alienação ou oneração de bens do ativo permanente e aquisição do controle de sociedades).

II - escolha do auditor independente quanto não for reconhecido como uma das cinco maiores empresas de auditoria; e

III - planejamento global da sociedade (orçamento anual, plano de metas, estratégias de negócios e política de providência complementar).

Essa relação evidencia que as deliberações do Conselho de Administração das sociedades que dependem de prévia aprovação do grupo controlador não se compreendem na gestão ordinária da companhia: são decisões de política ou de operações que, por seu valor ou pelos riscos que envolvem, devem caber a quem tem os deveres e responsabilidades que a Lei atribui ao acionista controlador, e na prática dos grupos de sociedade no Brasil são efetivamente deliberadas pelo controlador da companhia.

O exercício desses poderes pelo controlador do grupo de sociedades não desvirtua as atribuições do Conselho de Administração e dos seus membros, que continuam competentes para todos os atos de gestão ordinária da companhia, inclusive as importantes funções de eleger e destituir os Diretores e fixar-lhes as atribuições, fiscalizar a gestão dos Diretores, examinar a qualquer tempo os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou vias de celebração, e quaisquer outros atos, convocar a assembleia geral quando julgarem conveniente, e manifestarem-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria.

No caso do grupo objeto da consulta, os membros do Conselho de Administração indicados pelos Fundos de Pensão, além de exercerem essas atribuições, garantem a observância, nas sociedades controladas, das normas do acordo de acionistas que, ao estabelecerem quorum mínimo de deliberação, conferem poder de veto aos Fundos de Pensão.

5.0 - INEXECUÇÃO DO ACORDO DE ACIONISTAS

31. Como já referido, o artigo 118 da Lei dispõe que, nas condições previstas no acordo de acionistas, seus membros podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

O acordo de acionistas da Voltel contém as seguintes estipulações:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"10.2 - Além das providências especificadas no presente Acordo, as PARTES concordam em fazer uso do direito de voto pertinente às suas Ações e tomar quaisquer outras providências necessárias ao exato cumprimento do presente Acordo.

10.3 - No caso de qualquer PARTE não observar as obrigações constantes do presente Acordo, qualquer das outras PARTES poderá demandar a PARTE inadimplente para obter:

a) a execução específica das obrigações, pleiteando (i) a nulidade da Assembleia Geral da VOLTEL que tenha aceito como válido voto proferido contra disposição deste acordo, (ii) o suprimento judicial da vontade do acionista em caso de recusa em exercer o direito de voto nas condições ora pactuadas e na hipótese de descumprimento de qualquer obrigação assumida neste instrumento; e/ou

b) indenização por perdas e danos.

.....

10.7 - Todas as obrigações assumidas neste Acordo são irretratáveis e irrevogáveis e se sujeitam a execução específica, facultado à PARTE prejudicada utilizar-se de qualquer ação ou procedimento judicial ou extrajudicial para ver respeitado o presente Acordo e cumpridas todas as obrigações nele assumidas.

10.8 - O não exercício de qualquer direito ou faculdade previstos neste Acordo não implicará em novação ou renúncia nem excluirá o exercício, a qualquer tempo, de tal direito ou faculdade.

10.9 - Independentemente de procedimento judicial ou extrajudicial, qualquer das PARTES terá o direito de requerer ao Presidente da Assembleia Geral da VOLTEL que declare a invalidade do voto proferido contra disposição do Acordo."

32. Parece-nos que, com fundamento nessas estipulações do acordo e no § 3º do artigo 118 da Lei, qualquer parte do acordo poderá:

I - no caso de voto proferido na assembleia geral da Voltel contra disposição do acordo:

a) pedir ao Presidente da assembleia geral que declare a invalidade do voto que constitui inadimplemento do acordo; e/ou

b) demandar a parte inadimplente para obter a declaração de nulidade da assembleia, o suprimento judicial da vontade do acionista e/ou haver indenização por perdas e danos;

II - se a parte no acordo deixar de cumprir as obrigações de (ii) fazer com que os membros por ela indicados para o Conselho de Administração da Voltel ou de sociedade controlada votem em bloco, segundo as deliberações do grupo controlador, ou (ii) destituir o conselheiro que deixar de votar em bloco, as demais partes poderão:

a) demandar a parte inadimplente para obter execução específica ou haver perdas e danos, nos termos da alínea "b" do item I;

b) a Voltel ou a sociedade que controlar a companhia em cujo Conselho de Administração for proferido voto que viole o acordo poderá exercer seus direitos de voto na Assembleia Geral para destituir o conselheiro que tenha proferido o voto que implique violação do acordo.

III - as partes do acordo terão direito de haver indenização por perdas e danos do membro do Conselho de Administração que exerce voto com violação no disposto no acordo de acionistas.

RESPOSTA ÀS QUESTÕES

Com esses fundamentos, assim respondemos às questões da consulta:

1ª) São validas, segundo a lei brasileira, as estipulações de acordo de acionistas da Voltel pelas quais os acionistas contratantes se obrigam a fazer com que:

a) os membros, por eles indicados, dos Conselhos de Administração das sociedades direta ou indiretamente controladas pela Voltel, votem em bloco, nos termos das deliberações do grupo controlador;

b) os administradores das sociedades controladas, direta ou indiretamente, pela Voltel, exerçam o direito de voto nas assembleias de

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

outras controladas nos termos das deliberações adotadas pelos acionistas da Voltel ou pelos Conselhos de Administração de suas controladoras.

2ª) Em caso de inadimplemento dessas obrigações, qualquer parte no acordo poderá demandar:

a) da parte inadimplente de obrigação contraída pelo acordo, para haver execução específica e/ou indenização por perdas e danos;

b) os membros do Conselho de Administração da Voltel ou das sociedades para haver indenização por perdas e danos decorrentes de voto proferido com violação no disposto no acordo de acionistas.

Esse é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 2001